



## العرف وأثره في بعض الأحكام المتصلة بالأسرة في الفقه والقانون

### " النفقة والحضانة أنموذجاً "

د. ابتسام عيسى محمود  
تدريسية في كلية الامام الاعظم / الجامعة / قسم سامراء

doi:10.23918/ilic2018.22

بسم الله الرحمن الرحيم

#### المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين محمد وعلى آله وصحابه ومن سلك طريقهم واتبع هديهم إلى يوم الدين.

وبعد..

فإن الله سبحانه وتعالى نزل القرآن العظيم على نبيه الكريم هداية للناس، يخرجهم به من الظلمات إلى النور، إذ جعله منهجاً شاملاً لحياتهم، فقد شرع فيه أحكاماً وقوانين نظم من خلالها جوانب حياتهم المختلفة بما تحقق لهم المصالح في العاجل والأجل، وأن من أهم هذه المصالح هي بناء مجتمع سليم يقوم على أسس سليمة يعيش الناس فيه آمنين مطمئنين، ولذا اعتنى الإسلام بعناية كبيرة بشؤون الأسرة وحرص على أداء جميع وظائفها والتزاماتها باعتبارها النواة الأولى للمجتمع، وفرض لها قواعد تنظمها بشكل صحيح، إذ جعل لكل فرد من افراد الأسرة مجموعة من الحقوق والواجبات من أجل تحقيق التماسك والاستقرار الأسري والمجتمعي.

وتبرز أهمية هذه الدراسة في المنهج الاستدلالي التطبيقي الذي اعتنى به الفقهاء والعلماء عناية فائقة، فقد أوضحوا لنا أحكام المسائل المتصلة بالأسرة من خلال الاستدلال بنصوص الكتاب والسنة والاجماع، فضلاً عن أنهم استدلوا بأدلة أخرى فيما لم يجدوا لها نص من الأدلة المذكورة، ومن هذه الأدلة العرف الذي سيكون المحور الأساسي لهذه الدراسة، إذ أن هذه الدراسة ستتناول أثر العرف في بعض الأحكام المتصلة بالأسرة في الفقه والقانون وتطبيقاتها في قوانين الأحوال الشخصية، وهي النفقة والحضانة وذلك لما له من أثر استدلاي في تغيير بعض الأحكام بحسب تغيير الأحوال والأزمان.

والهدف من البحث تقديم دراسة تُظهر أهمية العرف في التشريع الإسلامي باعتباره من الأدلة الشرعية بشرط ألا يخالف نصاً قطعياً، كما له مكانة مهمة في التشريع القانوني باعتباره قاعدة قانونية، وتتجلى هذه



الأهمية من خلال مراعاة حاجات الناس ورفع الحرج عنهم في سائر أمورهم ، فمن المعلوم أن حياة الناس وحاجاتهم متجددة وهذا التجدد يعقبه تغير في الأحكام تبعاً لتغير العوائد والأحوال فيما لم يرد فيه نص شرعي .

أما خطة البحث فهي كالآتي:

المقدمة .

المبحث الأول : معنى العرف والفرق بين العرف والعادة ومشروعية الاستدلال بالعرف وشروط العرف في الفقه والقانون.

المبحث الثاني : أثر العرف في بعض الأحكام المتصلة بالنفقة في الفقه والقانون.

المبحث الثالث : أثر العرف في بعض الأحكام المتصلة بالحضانة في الفقه والقانون.

الخاتمة.

المصادر والمراجع.

**المبحث الأول: معنى العرف والفرق بين العرف والعادة ومشروعية الاستدلال بالعرف وشروط العرف في الفقه والقانون**

**المطلب الأول : معنى العرف في اللغة والاصطلاح**

**الفرع الأول: العرف في اللغة**

العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلًا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول : العرف عرف الفرس. وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال: جاءت القطا عرفا عرفا، أي بعضها خلف بعض .

والثاني : المعرفة والعرفان. تقول: عرف فلان فلانا عرفانا ومعرفة ، وهذا أمر معروف ، وهذا يدل على سكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه (١) .

والمعروف اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله، والتقرب إليه، والإحسان إلى الناس، وكل ما ندب إليه الشرع، ونهى عنه من المحسنات والمقبحات (٢) .

(١) مادة (عرف) ، معجم مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد

السلام محمد هارون ، دار الفكر ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، ٣٨١/٤ .



## الفرع الثاني: العرف في الاصطلاح

عرفه الجرجاني: هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول، وهو حجة أيضاً، لكنه أسرع إلى الفهم، وكذا العادة، هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى (٣).

وعرفه صاحب التعريفات الفقهية: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول، والقولِيُّ منه ما يتعارف الناس إطلاق اللفظ عليه، والعملِيُّ منه هو أن يطلقوا اللفظ على هذا وعلى ذلك، والثاني مخصص دون الأول، وعرف اللسان ما يفهم من اللفظ بحسب وضعه اللغوي، وعرف الشرع ما فهم منه حَمَلَةُ الشرع وجعلوه مبنى الأحكام (٤).

وعرفه الدكتور الزلمي والاستاذ البكري: العرف ما اعتاده الناس وساروا عليه في معاملاتهم من قول، أو فعل، والتزموا به (٥).

والعرف في اصطلاح القانونيين: هو اعتياد الناس وتوافقهم على اتباع سلوك معين في بيئة معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية، اعتياداً مطرداً مصحوباً باعتقاد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه والخضوع لأحكامه وترتب الجزاء المادي الحال جبراً عليه (٦).

وعلماء القانون عند تعريفهم للعرف يحرصون على أن يتضمن التعريف ركني العرف، وهما الركن المادي والركن المعنوي، فالأول يتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين، ولذا اشترطوا في العادة حتى تصبح عرفاً أن تكون عامة ومطردة وثابتة وقديمة، أما الثاني فيتمثل في الاعتقاد الذي يتولد لدى الناس بأن هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية سواء بسواء (٧).

(٢) مادة (عرف)، النهاية في غريب الحديث والأثر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ٢١٦/٣.

(٣) التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط(١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص ١٤٩.

(٤) التعريفات الفقهية: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ١٤٥.

(٥) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: الدكتور مصطفى الزلمي والاستاذ عبد الباقي البكري، المكتبة القانونية - بغداد، ص ١١٥.

(٦) المدخل إلى علم القانون: الدكتور غالب علي الداودي، دار وائل للنشر، عمان، ط(٧)، ٢٠٠٤م، ص ١٥٤.

(٧) ينظر: أصول القانون: الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٥م، ص ١٢٦.



وعند علماء القانون يستعمل العرف ويقصد به أحياناً المصدر ، وفي أحيان أخرى يُستعمل ويُقصد به القواعد التي تستمد من هذا المصدر <sup>(٨)</sup>.

### المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء والقانونيين

#### الفرع الأول: الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء

العَادَةُ : اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطَّبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية <sup>(٩)</sup> وفي الاصطلاح عرفها الكمال بن الهمام : هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية والمراد العرف العملي <sup>(١٠)</sup>.

وعرفها ابن عابدين عند شرحه لتعريف الكمال بقوله: " العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية ، والعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق <sup>(١١)</sup> ، وإن اختلفا من حيث المفهوم " <sup>(١٢)</sup>.

يتبين من التعريف الأول أن هناك من الفقهاء من فرق بين العرف والعادة ، إذ يرى ان بين العادة والعرف عموم وخصوص مطلق ، فجعل معنى العرف أعم ، فإذا أطلق لفظ العرف شمل القولى والفعلى ، وإذا أطلق لفظ العادة اقتصر على العرف القولى، فالعرف القولى: وهو ما يسمى عند علماء الأصول بالحقيقة العرفية وعند بعض الفقهاء بالعادة في اللفظ ، وقد عرفه ابن عابدين: " العرف القولى هو ان يتعارف قوم إطلاق اللفظ لمعنى لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى " <sup>(١٣)</sup>.

<sup>(٨)</sup> ينظر: الموافقات والفرق بين قواعد الفقه ومبادئ القانون: عكاشة راجع ، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط(١)، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م، ص ١٠٧.

<sup>(٩)</sup> المفردات في غريب القرآن: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت: ٥٠٢هـ) ، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق ، بيروت ، ط(١) ، - ١٤١٢هـ ، ص ٥٩٤.

<sup>(١٠)</sup> التقرير والتحبير: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفى (ت: ٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط(٢)، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م ، ٢٨٢/١.

<sup>(١١)</sup> الماصدق: ( عند المناطق ) الأفراد التي يتحقق فيها معنى الكلي . المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية ، ٥١١/١.

<sup>(١٢)</sup> مجموعة رسائل ابن عابدين ، نشر العرف : السيد محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، ١١٤/٢.

<sup>(١٣)</sup> المصدر السابق.



وإما العرف العملي أو الفعلي: وهو الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية<sup>(١٤)</sup>، والمقصود ما جرى عليه عمل الناس في تصرفاتهم واعتيادهم على شيء من الأفعال أو التصرفات المنشئة للالتزامات، مثال ذلك: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، واعتيادهم أكل نوع خاص من المأكّل أو استعمال نوع من الملابس أو الأدوات..<sup>(١٥)</sup>.

ومن ذهب إلى هذا الرأي أيضاً من المعاصرين هو الشيخ الزرقا بتعريفه للعادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرّة بعد أخرى، وهي المرادة بالعرف العملي، فالمراد بها حينئذٍ ما لا يكون مغايراً لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم ولا منكرّاً في نظرهم<sup>(١٦)</sup>.

وهناك فريق من الفقهاء جعل معنى العرف والعادة واحد وهذا واضح من خلال تعريف ابن عابدين الذي أورده، ووافقه الكثير من العلماء يقصر المقام عن ذكرهم هنا.

والمتمائل في مباحث علماء الأصول والفقهاء يجد أنهم لم يفرقوا بين العادة والعرف في الاستعمال، وفي بناء الأحكام عليهما في الفروع؛ وذلك لأن العادة تنشأ بتكرارها، وباستمرارها تصبح مستقرة في النفوس وحينئذٍ تسمى عرفاً، وفي هذا المعنى يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف بعد أن أورد تعريف العرف: "ويسمى العادة، وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة"<sup>(١٧)</sup>.

### الفرع الثاني: الفرق بين العرف والعادة عند القانونيين

ميز علماء القانون بين العادة والعرف وجعلوا عنصر الإلتزام معياراً لهذا التمييز، فالعرف أقوى حكماً لأنه اكتسب الركن المادي باعتياد الناس واطرادهم على اتباع سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم، والركن المعنوي بتسيخ اعتقادهم بقوته الملزمة وبترتب الجزاء المادي جبراً على مخالفته، وهكذا اجتمع فيه الركنان المادي والمعنوي معاً وتحول إلى قاعدة قانونية عرفية ملزمة.

أما العادة، فلا يتوفر فيها سوى الركن المادي فقط دون الركن المعنوي وتنشئ أحكاماً مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ولا تلزمهما إلا إذا قصدا اتباعها صراحة، إذ يجوز لأي عاقدين أن يتفقا صراحة على اتباع عادة معينة في تعاقدتهما، فتسمى عندئذٍ بالعادة الاتفاقية التي تستمد قوتها من رضا وإرادة المتعاقدين مما يعوضهما عن الركن المعنوي وتصبح ملزمة لهذين العاقدين بموجب اتفاقهما على ذلك، أما إذا لم يتم

(١٤) التقرير والتحبير ٢٨٢/١.

(١٥) ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث

الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط(٤)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص ٢٨٠.

(١٦) شرح القواعد الفقهية: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: ١٣٥٧هـ)، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم -

دمشق / سوريا، ط(٢)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ٢١٩.

(١٧) علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٧٩.



الاتفاق على الالتزام بها فتشكل عندئذ مجرد عادة لا تلزم أحداً ، ولهذا أخذ كل من المشرع الأردني والعراقي بهذا المعيار للفرقة بينهما فذكرا العرف دون العادة كمصدر رسمي للقانون .

فالعادة عرف غير مكتمل الشروط أو ناقص النمو ، وكثيراً ما تتطور العادة إلى العرف عندما تتكامل فيها الأركان وتستوفي الشروط<sup>(١٨)</sup> .

### المطلب الثالث : مشروعية الاستدلال بالعرف

#### الفرع الأول : من الكتاب

١- قوله تعالى : { خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ }<sup>(١٩)</sup> .

وجه الدلالة : العُرْفُ وَالْمَعْرُوفُ وَالْعَارِفَةُ: كُلُّ خَصَلَةٍ حَسَنَةٍ تَرْتَضِيهَا الْعُقُولُ، وَتَطْمَئِنُّ إِلَيْهَا النُّفُوسُ ، والمراد بالأمر بالعرف في الآية الكريمة هو الأمر بالجميل المستحسن من الأفعال لأنها قريبة من قبول الناس من غير تكبير<sup>(٢٠)</sup> .

٢- قوله تعالى : { وَاعْلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }<sup>(٢١)</sup> .

وجه الدلالة : تبين الآية أن الواجب من النفقة والكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره ويساره؛ إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه، ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف، ويدل أيضاً على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج، وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك: { لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا } ، فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصّر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها<sup>(٢٢)</sup> ، فقد فُسر المعروف بالمتعارف في عرف الشرع أو ما تعارف عليه الناس<sup>(٢٣)</sup> قوله تعالى: { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ }<sup>(٢٤)</sup> ، وفي الآية دلالة

(١٨) المدخل إلى علم القانون ص ١٦٩ .

(١٩) سورة الاعراف : الآية -١٩٩- .

(٢٠) ينظر: تفسير القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي

(ت: ٦٧١هـ) ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية - القاهرة ، ط(٢) ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م ،

٣٤٦/٧ ، وإرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم : محمد بن محمد العمادي أبو السعود، دار إحياء التراث العربي -

بيروت ، ٣٠٨/٣ .

(٢١) سورة البقرة : الآية - ٢٣٣- .

(٢٢) أحكام القرآن : أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ) ، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار

الكتب العلمية بيروت - لبنان ، ط(١) ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ، ٤٨٩/١ .

(٢٣) ينظر: تفسير القرطبي ١٦٣/٣ .

(٢٤) سورة الطلاق : الآية - ٧- .



على أن الإنفاق ليس له تقدير شرعي ، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة ، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام ويربط به الحلال والحرام (٢٥) .

### الفرع الثاني : من السنة

١- ما روي عن عائشة- رضي الله عنها- أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُنْبَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي، وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ قَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ» (٢٦) .

وجه الدلالة : والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع (٢٧) .

٢- ما روي عَنْ حَرَامِ بْنِ مُحَيِّصَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ نَاقَةَ لِبْرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْهُ عَلَيْهِمْ، «فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَهْلِ الْأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَعَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي حِفْظَهَا بِاللَّيْلِ» (٢٨) .

وجه الدلالة : في الحديث فرق النبي صلى الله عليه وسلم بين الليل والنهار في هذا الأمر؛ لأن العرف جرى أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار، ويوكلون بها الحفاظ والنواطير، ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار ويردونها مع الليل إلى المراح فمن خالف هذه العادة كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع (٢٩) .

(٢٥) أحكام القرآن : القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ) ، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، ط(٣) ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م ، ٤/٢٨٩ .  
(٢٦) أخرجه البخاري في صحيحه : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر ، دار طوق النجاة ، ط(١) ، ١٤٢٢هـ ، (باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف - الحديث/٥٣٦٤)، ٧/٦٥ .

(٢٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي(ت: ٨٥٣هـ)، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ - ٥٠٩/٩ - ٥١٠ .

(٢٨) سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ) ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية ، ط(١) ، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م ، (باب المواشي تُفْسِدُ رَزْعُ قَوْمٍ - الحديث/٣٥٦٩)، ٥/٤٢١ .

(٢٩) ينظر: معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت: ٣٨٨هـ): المطبعة العلمية - حلب- ط(١) ، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م - ١٧٨/٣ .



وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية إذ بنى النبي - صلى الله عليه وسلم - التّضمين على ما جرت به العادة<sup>(٣٠)</sup>

هذه جملة من الأدلة التي استدل بها الفقهاء على مشروعية الاستدلال بالعرف

أما العرف عند علماء القانون فقد اختلفوا في مصدر قوته الملزمة على عدة آراء، منها :

الأول: ضمير الجماعة ورضا الشعب الضمني : يرى أنصار هذا الرأي أن المصدر الذي تستمد منه القواعد العرفية قوتها الملزمة هو ضمير الجماعة ورضا الشعب الضمني ؛ لأن العرف كما يرون هو المصدر الرئيس للقانون ويستمد قوته من نفس الجماعة التي خلقتة حينما لا يوجد التشريع كما كانت الحالة في المجتمعات القديمة أو حينما يكون التشريع ناقصاً كما في المجتمعات الحديثة<sup>(٣١)</sup> .

الثاني : إرادة المشرع الضمنية : وهذا الرأي لا يعترف بدور العرف في خلق القواعد القانونية اللهم إلا إذا أجاز المشرع ذلك صراحة لصالح<sup>(٣٢)</sup> .

الثالث: قضاء المحاكم : ويرى أنصار هذا الرأي إن اعتياد الناس على اتباع سلوك معين لا يؤدي إلى تكوين العرف، بل تطبيق القضاء لهذا العرف هو ما يكسب القاعدة العرفية قوتها الملزمة ، ولهذا فإن العرف يستمد قوته الملزمة من القضاء ، ولا ينشأ تلقائياً بل يقوم القاضي بإنشائه عن طريق الاستمرار بالأخذ به وتطبيقه فيما يعرض عليه من منازعات<sup>(٣٣)</sup> .

رابعاً: الضرورة الاجتماعية : يرى أنصار هذا الرأي أن مصدر القوة الملزمة هو قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي يحتمها ويفرضها وجوب تنظيم المجتمع تنظيماً عادلاً يحقق الصالح العام بالعرف في حالة غياب التشريع أو نقصانه وعدم كفايته<sup>(٣٤)</sup> .

وهذه الآراء لم تسلم من الانتقادات والاعتراضات التي نجدها مبسوطه في كتب القانون .

(٣٠) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي

(ت: ٨٨٥هـ) ، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد - السعودية - الرياض -

ط(١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م - ٣٨٥٧/٨

(٣١) ينظر: محاضرات: د. محمد علي إمام ، القاهرة، ١٩٥٣م، ص ٢٦٢ .

(٣٢) المدخل إلى علم القانون: ص ١٦٥ .

(٣٣) ينظر: المدخل لدراسة القانون: د. علي محمد بدير، دار الطباعة الحديثة، البصرة، ١٩٧٠م، ص ١٧٦ .

(٣٤) المدخل إلى علم القانون: ص ١٦٨ .





## المطلب الرابع : شروط العرف في الفقه والقانون

### الفرع الأول : شروط العرف في الفقه

أولاً: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً<sup>(٣٥)</sup> ، والمراد من اطراد العرف هنا: أن يكون العمل به مستمراً في جميع الأوقات والحوادث، بحيث لا يتخلف إلا بالنص على خلافه، ومعنى ذلك أن تكون العادة كلية ، يقول السيوطي: "إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَدَتْ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ فَلَا " (٣٦)

فجريان العرف على تقسيم المهر في النكاح، في بعض البلدان، إلى معجل ومؤجل إنما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح، ولا يخرجون عنه إلا عند النص على خلافه، أما المراد من الغلبة فهي: أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث أو عند أكثر الناس، فاشتراط الاطراد والغلبة هو في الحقيقة اشتراط للأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث<sup>(٣٧)</sup>.

ثانياً : أن يكون العرف الذي تحمل عليه الألفاظ هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق، أي أن يكون العرف سابقاً للحكم في الوجود لا تالياً له متأخراً عنه، وأن يحمل الحكم على العرف الموجود وقت التلفظ، فلا يجوز أن يحمل حكم حدث قبلاً على عرف حدث متأخراً؛ لأن النصوص التشريعية يجب أن تفهم مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص لأنها هي مراد الشارع أو العاقد، ولا اعتبار بتبديل مفاهيم اللفظ في الأعراف المتأخرة.

فمثلاً: لفظ في سبيل الله، ولفظ ابن السبيل من آية مصارف الزكاة لها معنى عرفي إذ ذاك وهو مصالح الجهاد الشرعي أو سبل الخيرات في الأول، ومن ينقطع من الناس في السفر، في الثاني، فلو تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير فأصبح سبيل الله مثلاً، معناه طلب العلم خاصة، وابن السبيل الطفل اللقيط مثلاً، فإن النص الشرعي يبقى محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره، ومعمولاً به في حدود ذلك المعنى لا غير، ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الطارئة<sup>(٣٨)</sup>

ثالثاً : أن لا يعارض العرف نص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة، بحيث يؤدي العمل بالعرف إلى تعطيله

وهذا الشرط يعني ان يتناقض العرف مع نص شرعي بشأن الأمر الذي هو موضوع العرف ، وهذا النص يرد فيه النهي عن موضوع العرف بخصوصه ،وعند ذلك لا اعتبار للعرف ولا قيمة له ؛ لأنه محظور

(٣٥) ينظر: الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) ، دار الكتب العلمية ، ط(١)،

١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص ٩٢.

(٣٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢.

(٣٧) ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٢٩٥.

(٣٨) ينظر: المصدر السابق ص ٢٩٧.



بالنص ، وعندئذ يجب تغييره لا إقراره ، سواء كان عرفاً خاصاً أم عاماً ، فالشريعة الإسلامية جاءت لإصلاح الفاسد من أعراف الناس ومعاملاتهم ، فلا بد أن تنفذ أوامرها ، ولا يجوز تعطيلها بإنفاذ العرف الذي هو خلافها.

يقول سليمان الأشقر: " فالعرف الذي يحل الحرام، ويناقض الشريعة لا يجوز أن يصير العباد إليه ، وهو ليس من المعروف ، بل من المنكر الذي تجب محاربهته مثل ما اعتاده الناس من أكل الربا والتبرج ومنكرات الأفراح والمآتم عقود المقامرة وحرمان النساء من الإرث في بعض البلاد وأخذ الرشوة ولبس الرجال الحرير والذهب (٣٩) .

### الفرع الثاني: شروط العرف في القانون

وأما شروط العرف في نظر علماء القانون، فقد سبقت الإشارة إلى أن العرف في القانون له ركنان الأول الركن المادي وهو جسم القاعدة العرفية والثاني هو الركن المعنوي وهو روح القاعدة ، والركن المادي هو العادة التي تنشأ عن اتباع الناس سلوك معين وبصورة منتظمة ، وهذه العادة كركن مادي يشترط لها ما يأتي (٤٠) :

أولاً: أن تكون العادة عامة ومجردة : فمن خصائص القاعدة القانونية الملزمة العمومية والتجريد بأن تخاطب عموم الأشخاص في المجتمع بصفاتهم لا بذواتهم .

ثانياً: أن تكون قديمة وثابتة ومطردة : لا بد ان تكون القاعدة العرفية الملزمة قديمة ولا يقصد من ذلك أن تكون قد بدأت منذ عهد معين ، وإنما يكون قد مضى على نشوئها زمن واطرد العمل بها واعتاد الناس على اتباعها وتطبيقها.

ثالثاً: أن يكون اتباع العادة عن اختيار : بمعنى ان تكون مقبولة قبولاً سليماً من عيوب الإرادة .

رابعاً: ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب : فالعادة التي تتنافى مع الاسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المثل العليا للجماعة لا ترتقي إلى مرتبة العرف وإن طال عليها الأمد مثل عادة الوساطة في قضاء المصالح ، والأخذ بالثأر.

خامساً: ألا تكون العادة مخالفة لنص القانون : فإذا كانت مخالفة لنص القانون لا يكون لها أية قيمة قانونية .

أما الركن المعنوي فشرطه هو توافر عنصر الإلزام في العادة ، وذلك بأن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام القاعدة العرفية وإن مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء المادي عليهم جبراً ، فهذا الشرط

(٣٩) العرف بين الفقه والقانون: د. عمر سليمان الأشقر - مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م ، ع/٥ج/٤ ص ٣٢٣٨.

(٤٠) ينظر: المدخل لدراسة القانون: عبد الباقي البكري، وزهير البشير، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة

الموصل، ١٩٨٢م، ص ١٤٠، والمدخل إلى علم القانون: ص ١٦٩.



جوهرية وأساسية لتكوين العرف ويمكن فيه الفرق بينه وبين العادة ؛ لأن العادة لا تصبح عرفاً ملزماً إلا إذا توافر الركن المعنوي فيها<sup>(٤١)</sup>.

### المبحث الثاني : أثر العرف في بعض الأحكام المتصلة بالنفقة في الفقه والقانون.

يُعد باب النفقة من أكثر الأبواب التي يرجع في احكامها إلى العرف ، وخاصة فيما يتعلق بضوابط تقدير النفقة ، وأهم ما تناولته في هذا المبحث هو : مفهوم النفقة، ومشروعيتها، وعناصرها، وأثر العرف في بعض أحكامها.

#### المطلب الأول : مفهوم النفقة

#### الفرع الأول : النفقة في اللغة

النفقة : اسم من الإنفاق ، يقال: نفق الفرس ينفق نفوقاً : مات ، وأنفق الرجل إذا افتقر؛ ومنه قوله تعالى : {قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ} <sup>(٤٢)</sup> ، أي خشية الفناء والنفاد ، وأنفق الرجل ماله إذا صرفه، ورجل منفاق أي كثير النفقة، والنفقة: ما أنفقت، واستنفقت على العيال وعلى نفسك <sup>(٤٣)</sup>.

والمراد هنا ما انفق الرجل وهي اسم للشيء الذي ينفقه الرجل على زوجته وعياله.

#### الفرع الثاني : النفقة في الاصطلاح

عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة نذكر منها :

- هي عبارة عن الإدراج على الشيء بما به بقاؤه <sup>(٤٤)</sup>.
- كِفَايَةُ من يَمُونُهُ خبزاً وأدماً وكُسوةً <sup>(٤٥)</sup>.

والنفقة شرعاً وقانوناً ، اسم لما يصرفه الإنسان على من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه، ونفقة الزوجة هي اسمٌ لما يصرفه الزوج على زوجته <sup>(٤٦)</sup>.

<sup>(٤١)</sup> ينظر: المدخل لدراسة القانون ص ١٤١.

<sup>(٤٢)</sup> سورة الإسراء : الآية -١٠٠-.

<sup>(٤٣)</sup> ينظر: مادة (نفق)، لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي

الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، ط(٣)، ١٤١٤هـ، ٣٥٧/١٠ - ٣٥٨.

<sup>(٤٤)</sup> البناية شرح الهداية : أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني

(ت: ٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط(١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م ، ٦٥٩/٥.

<sup>(٤٥)</sup> كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)،

دار الكتب العلمية ، ٤٤٩/٥.



### المطلب الثاني : مشروعية النفقة

شرع الإسلام النفقة للزوجة ودلل على وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع :

#### الفرع الأول : من الكتاب

١. قوله تعالى : { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ }<sup>(٤٧)</sup> ، وجه الدلالة : في الآية أمرٌ بالنفقة، أي: على قدر ما يجده أحدكم من الوسع والمقدرة والأمر بالإسكان أمر بالنفقة<sup>(٤٨)</sup>.
٢. قوله تعالى : { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ }<sup>(٤٩)</sup>، وجه الدلالة : في الآية أمر بالإنفاق، والأمر للوجوب، والنفقة تفرض عليه على قدر إمكانه وسعته، والسعة: القدرة، ومعنى: قدر عليه أي: ضيق عليه<sup>(٥٠)</sup>.
٣. قوله تعالى : { وَوَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }<sup>(٥١)</sup> ، في الآية دلالة على أن النفقة حق للمرأة على الرجل<sup>(٥٢)</sup>.

#### الفرع الثاني : من السنة

١. روى جابر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خطب الناس، فقال: " فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكَرَّهُونَهُ. فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ " <sup>(٥٣)</sup>.

<sup>(٤٦)</sup> الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي: د. فاروق عبد الله كريم، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة السليمانية ، ٢٠٠٤م ، ص ١٣٩.

<sup>(٤٧)</sup> سورة الطلاق: الآية - ٦.

<sup>(٤٨)</sup> ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٦١٧/٣، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط(٢)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ١٥/٤.

<sup>(٤٩)</sup> سورة الطلاق: الآية - ٧.

<sup>(٥٠)</sup> ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٦١٩/٣، والبنية شرح الهداية: ٦٥٩/٥، والمغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ، ١٩٥/٨.

<sup>(٥١)</sup> سورة البقرة : الآية-٢٣٣.

<sup>(٥٢)</sup> ينظر: أحكام القرآن للجصاص: ٤٥٣/١.

<sup>(٥٣)</sup> أخرجه مسلم في صحيحه: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري(ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، (باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم - الحديث/١٢١٨)، ٨٨٦/٢.



٢. حديث: «مَا حَقُّ زَوْجَةِ الرَّجُلِ عَلَيْهِ؟ قَالَ: تُطْعَمُهَا إِذَا طَعِمْتَ وَتَكْسُوهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ، وَلَا تَضْرِبُ الْوَجْهَ، وَلَا تُفَيِّحُ، وَلَا تَهْجُرُ إِلَّا فِي الْبَيْتِ»<sup>(٥٤)</sup>. في الأحاديث دلالة واضحة على إيجاب النفقة للزوجة على زوجها.

**الفرع الثالث : من الاجماع :اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن<sup>(٥٥)</sup>.**

### **المطلب الثالث: عناصر النفقة**

لا خلاف بين الفقهاء في ان النفقة تجب للزوجة التي على عصمة زوجها ،وعناصرها هي<sup>(٥٦)</sup> :

١. الطعام : إذا كانت الزوجة تسكن مع زوجها ،وكان الزوج ينفق عليها فليس لها ان تطلب تقدير نفقة محددة لها ، أما إذا أخل بواجبه فإن لها أن تطلب تقدير نفقة لها ، كما يجوز لها أن تأخذ من مال زوجها ولو بدون إذنه ما يكفيها وولدها بالمعروف.
٢. الكسوة : ويراعى فيه قدرة الزوج ومكانة الزوجة والعرف المتبع بهذا الأمر.
٣. السكنى وما يلزمها : ويراعى فيه قدرة الزوج المالية ، ويلزم أن يوفر ما يلزمه من أثاث ومتاع.
٤. أجره الخادم التي تلزم لمثلها ، فإذا طلبت الزوجة خادما يخدمها ، فعلى الزوج تلبية طلبها إذا كانت لديه القدرة المالية، وكانت هي ممن تخدم في بيت أهلها .
٥. أجره التطبيب .

### **المطلب الثالث : أثر العرف في بعض أحكام النفقة**

هناك بعض المسائل المتصلة بالنفقة التي يُرجع في أحكامها إلى العرف وأهمها :

### **الفرع الأول: المعتبر في تقدير النفقة**

اختلف الفقهاء في المعتبر في تقدير النفقة على مذاهب :

الأول: المعتبر في النفقة حال الزوج وحده دون الزوجة في يساره وإعساره ، وهو مذهب الحنفية<sup>(٥٧)</sup>، والشافعية<sup>(٥٨)</sup>، واستدلوا لمذهبهم بما يأتي:

<sup>(٥٤)</sup> رواه أبو داود في سننه ، (باب في حق المرأة على زوجها-الحديث/٢١٤١) ، ٤٧٦/٣.

<sup>(٥٥)</sup> المغني: ١٩٥/٨.

<sup>(٥٦)</sup> ينظر: بدائع الصنائع ٢٣/٤-٢٤ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي

(ت:١٢٣٠هـ)، دار الفكر، ٥٠٨/٢ ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني

الشافعي (ت:٩٧٧هـ)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت، ٤٨٥/٢، ومطالب أولي النهى في شرح غاية

المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت:١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي،

ط(٢)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ، ٦١٨/٥.



١. قول الله تعالى: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} (٥٩) ، فدللت هذه الآية على اعتبار النفقة بالزوج واختلافها بيساره وإعساره (٦٠).
٢. قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فالنبي صلى الله عليه وسلم يعلم بأن زوجها كان موسراً فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها، وهذا ليس فيه اعتبار لحالها؛ فإن الكفاية تختلف (٦١) ، بحسب العادة والعرف.

الثاني: المعتر في النفقة حال الزوجين إيساراً وإعساراً ؛ فإن كانا موسرين، فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين، فعليه نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين، فلها عليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فعليه نفقة المتوسطين، أيهما كان الموسر، وهو مذهب المالكية (٦٢)، والحنابلة (٦٣).

واستدلوا بقوله تعالى: { لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ } فاعتبر حال الزوج ، أما حال الزوجة فدل عليه قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» عملاً بكل النصين، ورعاية لكلا الجانبين (٦٤).

والراجع- والله تعالى أعلم- رأي المذهب الأول القائل باعتبار حال الزوج من اليسار والاعسار؛ وذلك لأن دلالة الآية صريحة في اعتبار حال الزوج في النفقة ، أما الحديث "خذي ما يكفيك.." فالمراد به كفاية الزوجة لا اعتبار حالها ، والكفاية تقدر بالعادة والحال .

وبالرأي الأول أخذ قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ في المادة (١٦) منه ، وكذا قانون الأحوال الشخصية السوري ، فقد نصت المادة (٧٦) منه على أنه " تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حال الزوجة على ألا تقل عن حد الكفاية" ، وهذا ما أخذ به أيضاً مشروع قانون الأحوال الشخصية في الكويت في المادة (٥٧) منه (٦٥).

(٥٧) ينظر: بدائع الصنائع ٢٤/٤.

(٥٨) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط(١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م ، ٤٢٤/١١.

(٥٩) سورة الطلاق: الآية - ٧.

(٦٠) الحاوي الكبير ٤٢٤/١١.

(٦١) ينظر: شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي(ت: ٦٨١هـ)، دار الفكر ، بيروت، ٣٨١/٤.

(٦٢) حاشية الدسوقي ٥٠٩/٢.

(٦٣) المغني ١٩٦/٨.

(٦٤) المغني ١٩٦/٨.

(٦٥) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٤٤ .



وبالرأي الثاني أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٢٧) : "تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً" (٦٦).

والمشرع الذي أخذ بالرأي الاول راعى حال الزوج في يساره وإعساره دون حال الزوجة ، فقد نظر إلى حال الزوجة من حيث كفايتها، والكفاية يحددها ما اعتاده الناس أو تعارفوا عليه.

### الفرع الثاني: مقدار النفقة

اختلف الفقهاء في مقدار النفقة على مذهبين:

المذهب الأول: الواجب في النفقة حد الكفاية دون تقدير ؛ لأنها مما تختلف فيه طباع الناس ، وأحوالهم من الشباب ، والهرم ، ويختلف باختلاف الأوقات أيضاً ، وفي تقديرها بقدر معين إضرار بأحد الزوجين ؛ لأن هذا القدر إما أن يكون زيادة على حاجة المرأة وكفايتها ، فيكون إضراراً بالزوج عندما يكلف بالزيادة ، أو يكون أقل من قدر حاجتها ، فيكون إضراراً بها ، وهو مذهب جمهور الفقهاء (٦٧).

استدلوا لمذهبهم بما يأتي:

١- قوله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (٦٨) ، فقد جاء الأمر بالنفقة مطلقاً عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب.

٢- قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لزوجته أبي سفيان «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك ولولدك بالمعروف» نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل أن نفقة الزوجة مقدره بالكفاية ولأنها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب (٦٩).

المذهب الثاني: الواجب في مقدار النفقة هو مدين من غالب قوت البلد على المعسر ، ومد ونصف على المتوسط ، ومد على المعسر ، وهو مذهب الإمام الشافعي (٧٠).

واستدلوا لمذهبهم بما يأتي :

(٦٦) قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م - السلسلة القانونية (١٨) - ط(٤)، ١٩٨٦م ، وزارة العدل - قسم الإعلام القانوني، ص٢٨.

(٦٧) ينظر: المبسوط : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت:٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، ١٨٢/٥ ، وحاشية الدسوقي: ٥٠٩/٢ ، وكشاف القناع ٤٦٠/٥.

(٦٨) سورة البقرة: الآية- ٢٣٣.

(٦٩) ينظر: بدائع الصنائع ٢٣/٤.

(٧٠) الحاوي الكبير ٤٢٥/١١.



- ١- قوله تعالى: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} (٧١) ، دلت الآية على الفرق بين الموسر والمعسر، وأوجب تعالى على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار، فوجب تقديره بالاجتهاد، وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام في الكفارة؛ لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوع، وأكثر ما يجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الاذى، وأقل ما يجب مد (٧٢).
- ٢- في قوله عز وجل: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ} (٧٣)، أراد أن الغنى ينفق على حسب حاله، والفقير على حسب حاله، ولقوله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (٧٤)، وأراد بالمعروف عند الناس، والعرف والعادة عند الناس أن نفقة الغنى والفقير تختلف، ولأنه لو صح القول بأن نفقتها معتبرة بكفايتها لأدى ذلك إلى عدم انقطاع الخصومة بينهما، ولا يصل الحاكم إلى قدر كفايتها، فكانت مقدرة (٧٥).

والراجع والله تعالى أعلم هو ما ذهب إليه الجمهور؛ وذلك أمر الله تعالى بالإففاق جاء مطلقاً عن التقدير بالوزن، وقدرت بكفاية الزوجة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: (خذي ما يكفيك).

وقد أخذ القانون برأي الجمهور، فقد جاء في المادة (٢٤) فقرة (٢): "تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة التطبيب وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين" (٧٦).

وأخذ بهذا الرأي أيضاً القانون الأردني فقد جاء في المادة (٦٦) فقرة (أ): "نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب بالفقر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم" (٧٧).

وقوله: "لأمثالها" تعني ما يكفي مثلها، وقدرة الكفاية يختلف بحسب الأحوال والأزمان فيرجع فيه إلى أحوال وعادات كل بلد وزمانهم.

### الفرع الثالث: وقت تسليم النفقة

اختلف الفقهاء في وقت تسليم النفقة على مذهبين:

(٧١) سورة الطلاق: الآية - ٧.

(٧٢) ينظر: المجموع شرح المذهب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، ٢٤٩/١٨.

(٧٣) سورة الطلاق: الآية - ٧.

(٧٤) سورة البقرة: الآية - ٢٣٣.

(٧٥) ينظر: المجموع شرح المذهب ٢٥٠/١٨.

(٧٦) قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، ص ٢٦.

(٧٧) شرح قانون الأحوال الشخصية: أ.د. محمود علي السرطاوي، دار الفكر، ناشرون - عمان، الأردن، ط(٣)، ٢٠١٠م -

١٤٣١هـ، ص ١٣٣.





الأول : وجوب تسليم النفقة في أول نهار كل يوم ، إلا أنه يجوز تعجيلها أو تأخيرها بحسب اتفاقهما ، كأن يتفقا على تأخيرها إلى آخر النهار أو تعجيلها فيدفع إليها نفقة شهر كامل أو حتى سنة كاملة، وهو مذهب الشافعية<sup>(٧٨)</sup> ، والحنابلة<sup>(٧٩)</sup>.

الثاني: يعود وقت تسليم النفقة إلى حال الرجل ، وطبيعة عمله ، فإن كان من أصحاب الحرف المتسببين مثلاً فرضت عليه النفقة يوماً بيوم ، وإن كان من التجار فرضت عليه نفقة سنة ، وإن كان من أصحاب الغلات أو البساتين فرضت عليه نفقة سنة ، ويمكن ان تفرض أسبوعاً لمن تيسر له ذلك، وهو مذهب الحنفية<sup>(٨٠)</sup>، والمالكية<sup>(٨١)</sup>.

وفي النهاية يمكن أن يرجع وقت تسليم النفقة إلى العادة والعرف في بلد الزوجين ، لأن المعروف عرفاً ، كالمشروط شرطاً ، أو بحسب طبيعة عمل الزوج ، أو حسب الاتفاق .

يقول أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية : "وتعطى ذلك المقدار كل شهر أو أسبوع على حسب اتفاقهما ، أو على حسب العرف الذي يسير عليه حكم القضاء بها"<sup>(٨٢)</sup>.

ثم يقول : "والجاري عليه العمل الآن في المحاكم المصرية أنه تفرض النفقة كل شهر ليسر الشهر على أكثر الناس ن ولأن المدة فيه لا تطول بحيث تخشى الزوجة المطل ، ويفرض القاضي النفقة كلها ، مقدرة بمقدار كل شهر.." <sup>(٨٣)</sup>.

ما ذكرناه يتعلق بنفقة الطعام، أما الكسوة فإنه يجب على الزوج ان يفرض لها ما تحتاجه من الكسوة مما اعتاد نساء قومها لباسه ، وتعتبر في الكسوة حال الزوجين عند الحنفية والحنابلة ، وحال الزوجة عند المالكية ، وحال الزوج عند الشافعية ، وتجب الكسوة على الزوج بقدر كفاية الزوجة عند عامة الفقهاء فليس لها مقدار معين، يرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم متبيناً عادة أهل بلدها، ويلزم الزوج توفير مسكن لزوجته بحسب الاعتبار في نفقة الطعام والكسوة ، وهي واجبة عليه لقوله تعالى: { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ }

<sup>(٧٨)</sup> ينظر: الحاوي الكبير ٤٣٤/١١ .

<sup>(٧٩)</sup> ينظر: كشاف القناع ٤٦٨/٥ .

<sup>(٨٠)</sup> ينظر: حاشية ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ابن عابدين دمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر -

بيروت، ط(٢)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ٥٨١/٣.

<sup>(٨١)</sup> ينظر: حاشية الدسوقي ٥١٣/٢.

<sup>(٨٢)</sup> ينظر: الأحوال الشخصية : محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، ص ٢٤٠ .

<sup>(٨٣)</sup> ينظر: المصدر السابق ص ٢٤٢ .



(٨٤) ، ويلزم الزوج تأثيث منزل الزوجية بكل ما تحتاجه من الأثاث بحسب ما تقرر عند الفقهاء من اعتبارات في مستوى ذلك الأثاث من حال الزوجين ، أوحال الزوج ، ويعتبر العرف فيما يفرض (٨٥).

وجاء في المادة (٧٠) من القانون الأردني : " يجب للزوجة ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة والحصير بالمعروف وعلى حسب حال الزوج " (٨٦).

واختلفوا في وجوب أجره التطبيب في حالة إذا احتاجت الزوجة مراجعة الطبيب وشراء الأدوية وغيرها من مصاريف العلاج ، فذهب الجمهور إلى أنها لا تعد من توابع نفقة الزوجة على زوجها ولا يلزم بذلك قضاء بل تجب على الزوجة في مالها إن كان لها مال وعلى من تلزمه نفقتها من أهلها كأبيها لولم تكن متزوجة (٨٧)، وذهب الزيدية إلى أنها تدخل ضمن مشتملات النفقة ويلزم الزوج بصرفها لها (٨٨)، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي بالرأي الثاني، فقد جاء في المادة (٢٤) فقرة (٢) : " تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجره التطبيب وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين " (٨٩).

وقد جاء في القانون الأردني في المادة (٦٦) فقرة (أ) : " النفقة تشمل التطبيب بالقدر المعروف " (٩٠).

وهو أمرٌ حسن فعله المشرع ؛ لأن ذلك أمرٌ تفرضه المعاشرة بالمعروف التي يجب أن تقوم عليها الحياة الزوجية ، فضلاً عن أنه أمر تعارف الناس عليه.

أما نفقة الخادم فإذا كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن كانت من ذوات الأعدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى: {وعاشروهن بالمعروف} (٩١)، ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدم ، والخدمة المَعُودِ المعروف ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد عند جمهور الفقهاء ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، وذلك يحصل بخادم واحد (٩٢)، والمراد بالمَعُودِ عند الإمام الماوردي هو ما اعتاده الناس وتعارفوا عليه.

وقد أخذ القانون العراقي بهذا الرأي في المادة (٢٤) فقرة (٢) ، التي سبق ذكرها.

### المبحث الثالث : أثر العرف في بعض الأحكام المتصلة بالحضانة في الفقه والقانون.

(٨٤) سورة الطلاق: الآية -٦- .

(٨٥) ينظر: المبسوط ١٨٣/٥، وحاشية الدسوقي ٥١٠/٢، والمجموع شرح المهذب ٢٥٦/١٨، والمغني ٢٠٠/٨.

(٨٦) ينظر: شرح قانون الاحوال الشخصية ص ١٣٤.

(٨٧) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥٧٥/٣، وحاشية الدسوقي ٥١١/٢، والحاوي الكبير ٤٣٥/١١، والمغني ١٩٩/٨.

(٨٨) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٤٤ .

(٨٩) قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م ، ص ٢٦.

(٩٠) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٣٥.

(٩١) سورة النساء: الآية -١٩- .

(٩٢) ينظر: الحاوي الكبير ٤١٨/١١.



سنتعرف في هذا المبحث على مفهوم الحضانة ومشروعيتها وشروط الحاضن وأثر العرف في بعض أحكام الحضانة.

## المطلب الأول : مفهوم الحضانة في اللغة والاصطلاح

### الفرع الأول : الحضانة في اللغة

الحضانة من حضن ، وهو حفظ الشيء وصيانته، فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح ، يقال احتضنت الشيء جعلته في حضني<sup>(٩٣)</sup> .

وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحضانة: مصدر الحاضن والحاضنة، وهما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه<sup>(٩٤)</sup> .

### الفرع الثاني : الحضانة في الاصطلاح

هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك<sup>(٩٥)</sup> .

## المطلب الثاني: مشروعية الحضانة

كفالة الطفل وحضانتها واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته، لأن فيها ولاية على الطفل واستصحابا له، فتعلق بها الحق<sup>(٩٦)</sup>، وقد ثبتت مشروعية الحضانة بالكتاب والسنة والاجماع :

<sup>(٩٣)</sup> مادة (حضن) ، معجم مقاييس اللغة : ٧٣/٢ .

<sup>(٩٤)</sup> مادة (حضن) ، لسان العرب : ١٢٣/١٣ .

<sup>(٩٥)</sup> مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)،

دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، ١٩١/٥ .

<sup>(٩٦)</sup> المغني ٢٣٧/٨ .



الفرع الأول : من الكتاب : قوله تعالى : {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (٩٧).

وجه الدلالة : دلت الآية على أن الحضانة للأم ، والنفقة للأب ؛ لأن الحضانة مع الرضاع (٩٨).

الفرع الثاني : من السنة : «أمرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وتُدبي له سقاءً وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها النبي - صلى الله عليه وسلم : أنتِ أحقُّ به ما لم تُنكحي» (٩٩).

وجه الدلالة : دل الحديث على مشروعية الحضانة ، فقد اقتصت بهذه الأمور التي ذكرتها، وهي معاني الحضانة من حيث لا شركة للأب فيها، فاستحقت التقدم في الحضانة عند المنازعة في أمر الولد (١٠٠).

الفرع الثالث : الاجماع : دل الاجماع على مشروعية الحضانة ، وأن أول من يستحق حضانة الطفل أمه ، قال ابن قدامة : " وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهرري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا خالفهم " (١٠١).

### المطلب الثالث: شروط الحضانة

أولاً : الإسلام وذلك إذا كان المحضون مسلماً، إذ لا ولاية للكافر على المسلم وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، وهذا شرط عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر أما عند المالكية في المشهور عندهم وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى، فلا يشترط الإسلام (١٠٢).

ثانياً : أن يكون الحاضن بالغاً عاقلاً فلا تثبت الحضانة لطفل، ولا معتوه؛ لأنه لا يقدر عليها، وهو محتاج إلى من يكفله، فكيف يكفل غيره (١٠٣).

ثالثاً : أن لا يكون فاسقاً ؛ لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة ، ولا حظ للولد في حضانتها ؛ لأنه ينشأ على طريقتة (١٠٤).

(٩٧) سورة البقرة : الآية - ٢٣٣ - .

(٩٨) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ٢٧٥/١ .

(٩٩) رواه أبو داود في سننه ، (باب من أحق بالولد - الحديث/٢٢٧٦)، ٥٨٨/٣ .

(١٠٠) ينظر: معالم السنن ٢٨٢/٣ .

(١٠١) المغني ٢٣٨/٨ .

(١٠٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط(٢)، دار السلاسل - الكويت، ٣٠٥/١٧ .

(١٠٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥٥٦/٣ ، والمغني ٢٣٧/٨ .



رابعاً : يشترط في الحاضنة إذا كانت أمماً ألا تتزوج، فإن فعلت سقطت حضانتها بالإجماع ، لحديث: « أنت أحقُّ به ما لم تُنكحي»<sup>(١٠٥)</sup>.

خامساً : واشترط المالكية أن تكون الحاضنة قادرة على القيام بمصالح الطفل ، فلا تكون مسنة ولا عاجزة إلا أن يكون عندها من يقوم بذلك<sup>(١٠٦)</sup>.

سادساً : واشترط المالكية والشافعية الرشد ، فلا حضانة لسفيه مبذر لنلا يتلف مال المحضون<sup>(١٠٧)</sup>.

سابعاً : أن يكون المكان آمناً بالنسبة للصغير المحضون الذي بلغ سنأ يخشى عليه فيه الفساد ، أو ضياع ماله ، فلا حضانة لمن يعيش في مكان يطرقة الفاسدون والعاثون وقد صرح ، واشترط هذا الشرط المالكية<sup>(١٠٨)</sup>.

### المطلب الرابع : أثر العرف في بعض الأحكام المتصلة بالحضانة

هناك بعض المسائل المتصلة بالحضانة التي يُرجع في أحكامها إلى العرف وأهمها :

#### الفرع الأول : السن الذي تنتهي فيه حضانة المحضون

اختلف الفقهاء في السن الذي تنتهي فيه حضانة الطفل سواء كان ذكراً ، أم أنثى على مذاهب:

مذهب الحنفية : أن حضانة الصغير تنتهي باستغنائه عن خدمة النساء وقدرته على القيام بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة ، وأن حضانة الصغيرة تنتهي ببلوغها سن الأنوثة ، ولم تحدد لذلك سن معينة عند متقدمي فقهاء الحنفية ، ثم جاء المتأخرون منهم فقدرها سنأ معينة لانتهاء حضانة الصغير أو الصغيرة ، اجتهداً منهم ، واستناداً إلى أحوال زمانهم وأولادهم ، فقدروها بسبع سنوات للصغير ، وتسع سنوات للصغيرة ، أو بتسع سنوات للصغير ، وإحدى عشرة سنة للصغيرة<sup>(١٠٩)</sup>.

<sup>(١٠٤)</sup> ينظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٧ ، وحاشية الدسوقي ٢/٥٢٨ ، والمجموع شرح المهذب ١٨/٣٢٤.

<sup>(١٠٥)</sup> ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣ هـ)،

المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط(١)، ١٣١٣هـ، ٣/٤٦، والمجموع شرح المهذب ١٨/٣٢١.

<sup>(١٠٦)</sup> ينظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٨.

<sup>(١٠٧)</sup> ينظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٨ ، ومغني المحتاج ٥/١٩٧ .

<sup>(١٠٨)</sup> ينظر: حاشية الدسوقي ٢/٥٢٨ .

<sup>(١٠٩)</sup> ينظر: بدائع الصنائع ٤/٤٢ ، وحاشية ابن عابدين ٣/٥٦٦.



مذهب المالكية: أن حضانة النساء على الذكر تستمر إلى بلوغه، وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضاً أو مجنوناً على المشهور، أما الحضانة بالنسبة للأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها (١١٠).

مذهب الشافعية: أن الحضانة تستمر على المحضون حتى التمييز ذكراً كان أو أنثى فإذا بلغ حد التمييز وقدر بسبع سنين أو ثمان غالباً، فإنه يخير بين الإقامة مع أبيه أو أمه، فإن اختار أحدهما دفع إليه (١١١).

مذهب الحنابلة: الصغير يكون عند حاضنته حتى يبلغ سن السابعة، ويجوز أن يكون عند أحد والديه إن اتفقا بعد ذلك، وإن تنازعا خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما، أما الأنثى فإنها إذا بلغت سبع سنين فلا تخير وإنما تكون عند الأب وجوباً إلى الزواج؛ لأن الغرض من الحضانة الحفظ، والأب يحفظ لها (١١٢).

الملاحظ في هذه المسألة أن الفقهاء اختلفوا في تحديد مدة الحضانة تبعاً لاجتهادهم فيها بحسب أحوال الزمان والأولاد وما يجري فيها من عادات، ولقد أوضح متأخرو الحنفية ذلك، فقدروا سناً معينة لانتهاء حضانة الصغير أو الصغيرة استناداً إلى أحوال زمانهم وأولادهم، فقدروها بسبع سنوات للصغير، وتسع سنوات للصغيرة، أو بتسع سنوات للصغير، وإحدى عشرة سنة للصغيرة.

أما في القانون فقد اختلفت مدة انتهاء الحضانة عن ما قرره الفقهاء وبحسب ما يراه القاضي من الأحوال والعادات ومصحة الصغير، فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٥٧):

فقرة (٤): " للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته ليلاً "

فقرة (٥): " إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبنائه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشر من العمر، إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار " (١١٣).

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري سنة ١٩٢٩: "رأت الوزارة أن المصلحة داعية أن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع، والصغيرة بعد تسع، فإن رأى مصلحة في

(١١٠) ينظر: القوانين الفقهية: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبى الغرناطي (ت: ٥٧٤١هـ)، ص ١٤٩، وحاشية الدسوقي ٥٢٦/٢.

(١١١) ينظر: مغني المحتاج ٢٠٢/٥، والمجموع ٣٣٨/١٨.

(١١٢) ينظر: المغني ٢٣٩/٨، وكشاف القناع ٥٠٢/٥.

(١١٣) قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ص ٤٠.



بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير، وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء" (١١٤).

ونصت المادة (١٦٢) من القانون الأردني على: "تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم" (١١٥).

### الفرع الثاني : حق رؤية المحضون وزيارته من قبل والديه

إن الصغير ذكراً كان أو أنثى ، وكان تحت حضانة النساء أو الرجال ، فإن لكل من الأبوين الحق في رؤية وزيارة ابنه أو ابنته اثناء حضانة الآخر له ، وليس لأي احد منهما الحق في المنع منها ؛ وذلك حفاظاً على علاقة الوالدين بولدهما ، وعلى ما أمر به الشارع الحكيم ، وعلى هذا فقد حدد الفقهاء زمن زيارة الصغير وأثر العرف فيها ، ويراد بزمن الزيارة الأوقات المحددة لزيارة الصغير ، هل تكون الزيارة مرة في الاسبوع ، أم مرتين في الشهر ، أم ماذا ؟

من خلال النظر في كتب الفقهاء نجد أن من تحدث في مسألة وقت زيارة المحضون هم فقهاء الشافعية(١١٦)، والحنابلة (١١٧) ، إلا أنهم تعرضوا لمسألة الزيارة بعد سن التخيير أي بعد انتهاء مدة الحضانة واختيار أحد والديه ، وأن ما يحدد وقت الزيارة هو العرف والعادة ، والعادة تختلف باختلاف سن الصغير ، ومكانه ، والظروف المحيطة.

فعند الشافعية : ((والزيارة على العادة مرّة في أيام، أي يومين فأكثر لا في كل يوم)) (١١٨) .

وعند الحنابلة : ((والأم تزور ابنتها، والگلام يزور أمه على ما جرت به العادة كالיום في الاسبوع)) (١١٩) .

وقد نصت الفقرة (٤) من قانون الأحوال الشخصية على حق الأب مشاهدة ولده للاطمئنان عليه ، ولكن لا يجوز للمحكمة ان تحكم في المشاهدة بأن يبقى المحضون لدى أبيه ليلاً إذ يجب أن يبيت عند حاضنته (١٢٠) . ويجب أن يراعي في المشاهدة الأمور الآتية :

(١١٤) الأحوال الشخصية ص ٤١٥ .

(١١٥) شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٣٧٦ .

(١١٦) ينظر مغني المحتاج ١٩٩/٥ .

(١١٧) ينظر: كشاف القناع ٥/٥٠٢ ، وشرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي

الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، ط(١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ٣/٢٥١ .

(١١٨) مغني المحتاج ١٩٩/٥ .

(١١٩) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم

الصالح، شرف الدين، أبو النجا (ت: ٩٦٨هـ)، عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان ، ٤/١٦١ .

(١٢٠) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٧٠ .



١. يجب تعيين مدة المشاهدة ومكانها وإذا اتفق الطرفان على تحديدهما فإن القرار يصدر بناء على هذا الاتفاق ، وإن لم يتفق الطرفان فعلى المحكمة ان تعين المكان أو المدة كأن يكون في بيت أحد الأقارب .

٢. يجب أن يكون مكان المشاهدة مما يتلاءم مع الوضع النفسي للصغير من حيث الأمان والهدوء ، فلا يجوز مثلاً أن يكون مكاناً عسكرياً أو مركزاً للشرطة<sup>(١٢١)</sup>.

وقد نص قانون الاحوال الشخصية الأردني رقم(٨٢) لسنة ٢٠٠١ على :

أ. يتساوى حق الأم وحق الولي في مشاهدة الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته .  
ب. عند الاختلاف في مشاهدة الصغير تحدد رؤيته للأم وللولي مرة كل أسبوع وللأجداد لأم والجندات مرة في الشهر ولباقي من لهم حق الحضانة مرة في السنة.

ج. للقاضي تحديد زمان المشاهدة ومكانها حسب مصلحة الصغير إذا لم يتفق الطرفان على ذلك<sup>(١٢٢)</sup>.

ونلاحظ هنا أن فقهاء الشافعية، والحنابلة قد تكلموا في مسألة رؤية وزيارة المحضون بعد سن التخيير، أي بعد انتهاء مدة الحضانة وتخيير المحضون أحد والديه، ولم يتعرضوا للرؤية والزيارة في فترة الحضانة ، إلا أنه يمكن تخريج القول فيها على قولهم في قضية فيما إذا انتهت مدة الحضانة وبلغ سن التخيير ، أما في القانون ، فالملاحظ فيه أنه تكلم عن مشاهدة المحضون في فترة الحضانة، كما انه كان أكثر تفصيلاً في المسألة ، فقد تعرض لوقت ومدة الرؤية أو المشاهدة ومكانها وبحسب الاتفاق ، وإذا حصل نزاع تقضي المحكمة بتعيين المكان والوقت ؛ وذلك لأن هذه المسائل يراعى فيها العرف والعادة وتغير الأحوال مراعاة لمصلحة المحضون.

### الخاتمة

بعد إتمام البحث بحمد الله تعالى توصلت فيه إلى ما يأتي :

١. للعرف أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي والقانوني باعتباره دليلاً من أدلة الأحكام التبعية ؛ لأنه يمثل مصدراً يمكن الرجوع إليه في بناء أحكام لكثير من المسائل التي لم ينص عليها الشارع ، والمراد به هنا العرف الذي لا يخالف نصاً قطعياً أورده الشارع الحكيم .

٢. لم يفرق الفقهاء بين العرف والعادة؛ وذلك لأن العادة تنشأ بتكرارها ، وباستمرارها تصبح مستقرة في النفوس وحينئذ تسمى عرفاً، أما علماء القانون فقد فرقوا بينهما فالعادة عندهم تتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين وهي ما تسمى عندهم بالعادة الاتفاقيه ، أما العرف، فإنه فضلاً عن كونه سلوك معين اعتاده الناس، فلا بد أن يكون مصحوباً باعتقاد يتولد لدى الناس بأن هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها شأنها في ذلك

(١٢١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٢٧١.

(١٢٢) شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٣٧٨.





- شأن القاعدة القانونية سواء بسواء، وهذا الاختلاف تبعه اختلاف في شروط العرف في القانون عنه في الفقه الإسلامي .
٣. يُعد باب النفقة من أكثر الأبواب التي يرجع في أحكام مسائلها إلى العرف ، وأهم هذه المسائل هي :  
المعتبر في تقدير النفقة، ومقدار النفقة ، ووقت تسليم النفقة.
٤. في معظم مسائل النفقة التي مرجعها إلى العرف حصل خلاف بين الفقهاء في ضوابط تقدير النفقة ، كما أن هناك فرق بين ما قرره الفقهاء عن ما قرره علماء القانون في هذه المسائل، ومرجع ذلك إلى العرف وما يلحقه من تغيير العوائد والأحوال.
٥. اختلف الفقهاء في وجوب أجره التطبيب في حالة إذا احتاجت الزوجة مراجعة الطبيب وشراء الأدوية وغيرها من مصاريف العلاج ، فذهب الجمهور إلى أنها لا تعد من توابع نفقة الزوجة على زوجها ولا يلزم بذلك قضاءً ، بل تجب على الزوجة في مالها إن كان لها مال، وعلى من تلزمه نفقتها من أهلها ، وذهب الزيدية إلى أنها تدخل ضمن عناصر النفقة ويلزم الزوج بصرفها لها ، وقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية بالرأي الثاني فشملت النفقة أجره التطبيب بالقدر المعروف ، وهو أمرٌ حسن ؛ لأن ذلك أمرٌ تفرضه المعاشرة بالمعروف تقوم عليها الحياة الزوجية ، فضلاً عن أنه أمر تعارف الناس عليه.
٦. اختلفت مدة انتهاء الحضانة في القانون عن ما قرره الفقهاء وبحسب ما يراه القاضي من الأحوال والعادات ومصالح الصغير ، ففي القانون يمكن تمديد مدة حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة.
٧. تكلم فقهاء الشافعية ، والحنابلة عن مسألة زيارة المحضون بعد سن التخيير ، أي بعد انتهاء مدة الحضانة ، ولم يتعرض لها فقهاء الحنفية، والمالكية، وقد يرجع سبب ذلك إلى أن هذه المسألة يرجع فيها إلى العرف في تحديد أحكامها بحسب العادات والأحوال ، أما القانون فقد كان أكثر توسعاً في المسألة ، فقد تعرض لوقت ومدة مشاهدة المحضون ومكانها وبحسب الاتفاق ، وإذا حصل نزاع تقضي المحكمة بتعيين المكان والوقت ؛ وذلك لأن هذه المسائل يراعى فيها العرف والعادة وتغيير الأحوال مراعاة لمصلحة المحضون.
- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

### Abstract

They mention it a lot in their books. The scientists have stated from this principle a fiqh base "usual is govern". It is one of the six big bases from which a lot of principles have come. Even the contemporary for convention. They call it a convention theory. It includes a lot of fiqh implementation from a different gates



in Islamic fiqh. The law scientists give a special attention to this principle because of its importance in stating laws that associated with family. Fuqha give a great attention to the matters that concerned with family they clarify these matters through texts from al-Quran , al-Sunnah and consensus . They confirm that from other proofs other than those texts. And this will be our concern in this study.

### المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن : أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ) ، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، ط(١) ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
٢. أحكام القرآن : القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيبلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ) ، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، ط(٣) ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
٣. الأحوال الشخصية : محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
٤. إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم : محمد بن محمد العمادي أبو السعود، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
٥. الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) ، دار الكتب العلمية ، ط(١) ، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م .
٦. أصول القانون :الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ، ١٩٦٥م .
٧. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت.
٨. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (ت: ٩٦٨هـ)، عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان .
٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط(٢) ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
١٠. البناية شرح الهداية : أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت: ٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط(١) ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م .
١١. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط(١) ، ١٣١٣هـ .



١٢. التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد - السعودية - الرياض-ط(١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
١٣. التعريفات الفقهية: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٤. التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط(١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٥. تفسير القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط(٢)، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
١٦. التقرير والتحبير: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (ت: ٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط(٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٧. حاشية ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ابن عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر-بيروت، ط(٢)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
١٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر.
١٩. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط(١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٢٠. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط(١)، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
٢١. شرح القواعد الفقهية: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت: ١٣٥٧هـ)، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق / سوريا، ط(٢)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
٢٢. شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت: ٦٨١هـ)، دار الفكر، بيروت.
٢٣. شرح قانون الأحوال الشخصية: أ.د. محمود علي السرطاوي، دار الفكر، ناشرون - عمان، الأردن، ط(٣)، ٢٠١٠م - ١٤٣١هـ.
٢٤. شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، ط(١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٢٥. صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط(١)، ١٤٢٢هـ.
٢٦. صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.



٢٧. العرف بين الفقه والقانون: د. عمر سليمان الأشقر - مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م .
٢٨. علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٢٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي(ت:٨٥٣هـ)، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.
٣٠. قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م - السلسلة القانونية(١٨) - ط(٤)، ١٩٨٦م ، وزارة العدل- قسم الإعلام القانوني.
٣١. القوانين الفقهية: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت:٧٤١هـ) .
٣٢. كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت:١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية .
٣٣. لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت:٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، ط(٣)، ١٤١٤هـ .
٣٤. المبسوط : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت:٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
٣٥. المجموع شرح المذهب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت:٦٧٦هـ)، دار الفكر.
٣٦. مجموعة رسائل ابن عابدين ، نشر العرف : السيد محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين.
٣٧. محاضرات: د. محمد علي إمام ، القاهرة، ١٩٥٣م .
٣٨. المدخل إلى علم القانون: الدكتور غالب علي الداودي ، دار وائل للنشر، عمان، ط(٧) ، ٢٠٠٤م .
٣٩. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : الدكتور مصطفى الزلمي والاستاذ عبد الباقي البكري ، المكتبة القانونية- بغداد .
٤٠. المدخل لدراسة القانون: د. علي محمد بدير، دار الطباعة الحديثة، البصرة، ١٩٧٠م.
٤١. المدخل لدراسة القانون: عبد الباقي البكري، وزهير البشير، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، ١٩٨٢م.
٤٢. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت:١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، ط(٢)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٤٣. معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت:٣٨٨هـ): المطبعة العلمية - حلب- ط(١)، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م .
٤٤. المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.



- ٤٥ . معجم مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، (ت:٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- ٤٦ . المغني : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت:٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .
- ٤٧ . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت:٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
- ٤٨ . المفردات في غريب القرآن: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت:٥٠٢هـ)، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق، بيروت، ط(١)، ١٤١٢هـ .
- ٤٩ . الموافقات والفروق بين قواعد الفقه ومبادئ القانون: عكاشة راجع، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط(١)، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م .
- ٥٠ . الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط(٢)، دار السلاسل - الكويت .
- ٥١ . النهاية في غريب الحديث والأثر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت:٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
- ٥٢ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية : الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط(٤)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م .
- ٥٣ . الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي : د. فاروق عبد الله كريم، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م .